



سميه الأهنكران

soahangaran@gmail.com

١. استاذ الحوزة العلمية والجامعة بشيراز

نوع المقال:

دراسة بحثية



مواعيد المادة:

تاريخ الاستلام: ٢٠٢٣/٠٨/١٨

تاريخ المراجعة: ٢٠٢٣/٠٩/٠٣

تاريخ القبول: ٢٠٢٣/٠٩/٢٠

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٠/٠٦

المستخلص

في الفقه، الإفلاس بين مدينين، تاجر وغير تاجر، هو حكم يفرض تكلفة باهظة وعامة على المفلسين ويطلب موارد للحفاظ على قرار جديد وقانوني لتنظيم وضبط شؤون الأعمال. للعثور على سجلات فنية، ليس من المناسب تحقيق العدالة وتنظيم معاملاتي بشكل صحيح، لتفكيك الشركة ومصالح التجار، لضمان نموها أم لا، مع توجيه تطوير القانون والصناعة، هذه الشركة ليس لها دعم باستثناء القانون المتعلق بالمعاملات التجارية القضايا الخاصة إيجاد إطار قانوني بين القوانين واللوائح أمر ضروري. وعدم السماح للتجار بالدخول إلى السوق التجارية أمر هامشي، مما يشجع الأشخاص الحقيقيين والحقيقيين على خلق روابط اقتصادية واهتماماتهم بالمبادئ الفقهية أنه لا يوجد تعميم للقوانين التجارية والصناعية في القانون الإيراني ولا ينسب الإفلاس إلى غير التجار حصرياً على البيت المظلم، ويتضمن إفلاس غير رجل الأعمال بسبب تحصيل الديون المدنية، سبباً لتقريب حقوق شركته. وبحسب النظرية والقاعدة، فإنه من الضروري لغير التجار تقديم طلب إفلاس استناداً إلى

المادة ٧٤١ من الدستور مع مراعاة ذلك.



الكلمة الرئيسية:

إفلاس،

دائن،

مديون،

مفلس.



سمیه آهنگران^۱

soahangaran@gmail.com

۱. استاد حوزه و دانشگاه شیراز

نوع مقاله:

پژوهشی



تاریخ های مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۶/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۹

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۱۴

چکیده

در قانون فقهی افلاس بین مدیونین، تاجر و غیرتاجر حکم یکسانی اجرا شده و عمومیت دارد طرفین مفلس و طلبکار مورد حمایت قرار می گیرند و قانونگذار جهت تنظیم و تعدیل امور تجاری در صدد ایجاد بستر تقنینی مناسب برای اجرای عدالت و نظم معاملاتی است که هر ذی حقی را به حق خود برساند. این پرسش مطرح است که، آیا قانون فعلی ورشکستگی پاسخگوی هدف اولیه برای تفکیک بوده است و منافع تجار را تأمین نموده یا خیر؟ با توجه به تطور قانون ورشکستگی و شناخت بستر-های تقنینی می توان گفت که خلاء حمایتی از سوی قانونگذار نسبت به تعاملات تجاری و طلبکار و بدهکار، همچنین ایجاد گسست بین کاربست های اجرایی قوانین این سوال را با پاسخ منفی مواجه نموده و ضرورت جستارهای قانونی را برای بازسازی وضعیت کنونی در تحقق ایجاد روابط تجاری مطلوب و عدم برکناری افراد تاجر از بازارهای تجاری همچنین، ترغیب اشخاص حقیقی و حقیقی در گسترش روابط اقتصادی و همسویی با مبانی فقهی را افزایش می دهد. از سویی دیگر در برخی قوانین بین المللی تجارت تعمیم قوانین ورشکستگی به غیرتاجر و نیز در قانون ایران عدم انحصار درخواست اعسار نسبت به غیر تاجر و شمول آن نسبت به تاجر متوقف از پرداخت دیون مدنی، سبب تقریب حقوق ورشکسته با غیر تاجر است که طبق نظریه و راهکار لازم الاجرا شدن افلاس بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی قابل تأمل است.



کلیدواژه:

افلاس،

ورشکستگی، طلبکار،

بدهکار،

ورشکسته.

مقدمه

با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی در ایران مستند حکم باید مبنای قانونی و شرعی داشته باشد. با توجه به اینکه قانون کشور ما بر مبنای فقه اسلامی بنا نهاده شده است در موارد تعارض قوانین یا عدم تطابق با مبانی فقهی در صورت وجود نص یا اصل عملی رجوع به آراء فقها و تحلیل‌های حقوق دانان می‌شود تا حکم مسأله دانسته شود و با استناد با همان ادله حکم صادر می‌شود در مسأله افلاس نیز شارع مقدس در نصوص متواتر اعم از تواتر لفظی و معنوی حکم مدیون را مشخص نموده و شرایط آن را بیان نموده، در نتیجه رجوع به مستندات فقهی و حکم آن باید مبنای قانون جامعه اسلامی قرار گیرد. در ارتباط با قانون افلاس و تفاوت آن با ورشکستگی مقاله‌هایی از جمله شناسایی مفهوم اعسار و افلاس و تاثیر آن در تفسیر قانون نگارش احمد مبلغی، خیار تفلیس و حقوق طلبکاران در ورشکستگی نوشته حبیب طالب احمدی، مفهوم و قلمرو ناتوانی در پرداخت دین، اثر محمد عیسائی تفرشی نگاشته شده است. در این مجال با تبیین سه نظریه به قرار ذیل؛ به ضرورت احیاء قانون افلاس پرداخته می‌شود.

۱. نظریه و راهکار لازم الاجرا شدن افلاس بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی.

۲. نظریه و راهکار وضع قانون افلاس همراه با بقای قانون ورشکستگی.

۳. نظریه و راهکار وضع قانون افلاس و نسخ قانون ورشکستگی

از سوی دیگر با توجه به اینکه در کشورهای مانند فرانسه، انگلیس، آمریکا قانون ورشکسته تاجر و غیرتاجر یکسان بوده و بیشتر بر عنوان عامل تجاری تأکید می‌شود و ناگزیر از تعاملات اقتصادی و در برخی موارد نیاز به همسویی و وحدت رویه بین المللی در امور تجاری است به نظر نویسنده نظریه دوم قابلیت پشتیبانی و حمایت حقوقی بیشتری دارد.

با توجه به اینکه مبانی شرعیت در قانونگذاری جامعه اسلامی باید در همه موارد به عنوان اصل قرار گیرد و در برخی موارد که با مسائل مستحدثه در قوانین حقوقی مواجه می‌شویم، از جهت حفظ مصلحت جامعه و با رویکرد فقه حکومتی نیاز به نظریات و اندیشه‌های حقوقی هستیم. به ویژه در روابط و معاملات تجاری که در

جامعه امروز با توجه به خرید و فروش‌های آنلاین و غیرحضور و عدم شناخت مطلوب از شخصیت حقوقی طرف معامله‌کننده و احراز صلاحیت و اعتبار تجاری واقعی وی، تفسیر و تصویب جدیدی از قوانین ضرورت می‌یابد تا مانع سوء قصد طرفین و عامل تجاری و غیرتجاری باشد.

۱- ادله، شرایط، آثار افلاس در حقوق اسلامی

۱-۱- ادله اثبات قانون افلاس

اصلی‌ترین ادله جهت تبیین و اثبات افلاس روایات هستند که از برخی جهات قابل نقد بوده که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد. در روایات چنین وارد شده است که اگر شخصی ورشکسته شد و اموالش وافی به دیونش نبود، او را حبس می‌کردند و اموالش را بین طلبکارها قسمت می‌کردند. این که هر کسی بنا است مالش را بین طلبکارهایش تقسیم کنند محجور از تصرف است و تصرفاتش محکوم به بطلان است، موجبی ندارد. اما نصوص ادعا شده نه تنها هیچگونه دلالتی بر محجوریت ندارد حتی اشعار بر این حکم نیز ندارد.

۱-۱-۱- معتبره غیاث بن ابراهیم

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ سَانَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى (عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ) أَنَّ عَلِيًّا كَانَ يَحْبِسُ فِي الدِّينِ فَإِذَا تَبَيَّنَ لَهُ حَاجَةٌ وَ إِفْلَاسٌ خَلَّى سَبِيلَهُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ مَالًا. (حرعاملی، ۱۳۱۹، ۱۸ : ۴۱۸)

مراد از محمد بن یحیی در سند این روایت محمد بن یحیی الخزاز است نه محمد بن یحیی العطار که شیخ مرحوم کلینی است. این روایت معتبره است.

در روایت چنین آمده است: «ان علیا علیه السلام كان يحبس في الدين» به این معنا که حضرت امیر علیه السلام شخص بدهکار را زندانی می‌کردند «فاذا تبين له حاجة و افلاس» یعنی اگر مشخص شد که این فرد مفلس است «خلى سبيله حتى يستفيد مالا». او را آزاد می‌کردند تا او کار کند و بدهی خود را بپردازد.

افلاس در این روایت با توجه به حدیث ذکر شده در وسایل الشیعه به معنای ناداری است نه مصطلح فقهی. فلوس پول‌های قرمز کوچکی در عراق بوده است که یک رویش عبارت فلوس که واحد پول محسوب می‌شد، و روی دیگرش عدد یک نوشته شده بود که کوچکترین واحد پول تلقی می‌شد. (حرعاملی، ۱۳۱۹، ۴۱۹: (کتاب الحجر باب ۷ حدیث ۲)). بنابراین وقتی گفته می‌شود اموالش فلوس شده یعنی خاکنشین شده و تمکن مالی ندارد بلکه فلوس که پولی بی ارزش است را در اختیار دارد. این کنایه از ورشکستگی شخص محسوب می‌شود. یعنی بعد از اینکه درهم و دینار دار بوده است در زمان حال فلوس دارد.

طبق این روایت وقتی که مشخص می‌شد فرد، ورشکسته شده است؛ امام او را آزاد می‌نمودند. در واقع زندانی کردن به این علت بود که مشخص شود آیا پول‌های خود را پنهان نموده یا واقعا بی پول است و بعد از مشخص شدن وضعیت، آزاد می‌شد تا با اکتساب بدهی‌اش را پرداخت کند. در نتیجه این روایت دلالتی بر محجور بودن مفلس ندارد.

۱-۲-۱- موثقه سکونی

«و بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ إِتْرَاهِيمَ بْنِ هَاشِمٍ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيَّاً كَانَ يَحْبِسُ فِي الدِّينِ ثُمَّ يَنْظُرُ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أَعْطَى الْعُرْمَاءَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ دَفَعَهُ إِلَى الْعُرْمَاءِ فَيَقُولُ لَهُمْ اصْنَعُوا بِهِ مَا شِئْتُمْ إِنْ شِئْتُمْ آجِرُوهُ وَإِنْ شِئْتُمْ اسْتَعْمِلُوهُ وَذَكَرَ الْحَدِيثَ.» (حرعاملی، ۱۳۱۹، ۱۸: ۴۱۹) (کتاب الحجر باب ۷ حدیث ۲)

بر مبنای این روایت نیز امام فرد بدهکار را زندانی می‌کردند، اگر متمکن بود بدهی طلبکارها را پرداخت نموده و اگر مالی برای او باقی نمانده بود او را به طلبکارها تحویل می‌دادند و به آن‌ها می‌فرمودند: «اصنعوا به ما شئتم». لیکن به این مسأله توصیه می‌کردند که تا آن مقدار که می‌توانید او را به کار بگیرید و درواقع به او مهلت کسب و پرداخت بدهی بدهید.

این روایت مانند روایت گذشته بر مبنای سیاقی که دارد دلالتی بر محجوریت

مفلس ندارد و بدین معنا نیست معنایش این نیست که اگر قبل از تحویل به طلبکار خودش مال خود را بفروشد، بیع وی صحیح نیست.
 بنا بر مضمون و محتوای روایت، اعمال مفلس متعلق حق غرما است در حالی که با اجماع و حدیث در تعارض بوده و با روایت قابل معارضه است.

۱-۱-۳- روایت غیاث بن ابراهیم

«مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي الْقَاسِمِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ قَوْلَوَيْهِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى الْخَزَّازِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيًّا كَانَ يُفْلِسُ الرَّجُلَ إِذَا التَّوَى عَلَى غُرْمَائِهِ ثُمَّ يَأْمُرُ بِهِ فَيُقَسِّمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ فَإِنَّ أَبِي بَاعَهُ فُقِّسَ بَيْنَهُمْ يَعْنِي مَالَهُ.» (حرعاملی، ۱۳۱۹، ۱۸ : ۴۱۶)

روایت غیاث بن ابراهیم از جهت سند معتبر محسوب می شود و سند شیخ تا جعفر بن قولویه نیز دارای اعتبار است. سعد بن عبد الله اشعری قمی نیز مورد اعتماد بوده و احمد بن محمد نیز چه برقی باشد و چه ابن عیسی در هر صورت قابل اطمینان است و محمد بن یحیی الخزاز و غیاث بن ابراهیم نیز محل وثوق هستند. چنانچه ملاحظه می شود طبق این روایت حضرت حکم به افلاس می کردند. منتهی در روایت معین نشده است که حکم به افلاس به چه معنی است. ممکن است به معنای عدم لزوم معاملات او و یا عدم نفوذ معاملات او و یا حتی جواز دستگیری توسط طلبکارها و یا غیر از این موارد باشد.

البته طبق این روایت مفلس بعد از حکم به افلاس یک حکم خاصی دارد که تا قبل از حکم به افلاس این حکم را نداشت. و آن این است که طلبکار قبل از حکم به افلاس می توانست از باب مقاصه طلبش را از اموال بدهکار استیفا کند. اگر چه مقدار باقی اموال مفلس وافی به بدهی هایش نباشد. ولی بعد از حکم به افلاس به نسبت بین طلبکارها تقسیم می شود. مثلا اگر اموال مفلس به مقدار نصف بدهی هایش است به هر طلبکار به میزان نصف طلبش پرداخت می شود. ولی این حکم غیر از محجوریتی است که در باب مفلس مطرح شده است.

در کتاب وسائل در ادامه روایت چنین آمده است:

«وَرَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنِ عَمَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ مِثْلَهُ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ يَحْبِسُ الرَّجُلَ»

چنانچه ملاحظه می شود در این روایت به جای «يفلس الرجل»، «يحبس الرجل» آمده است. این سند نیز قابل استناد است. مرحوم صدوق نیز این روایت را دارد. مرحوم صاحب جواهر و غیر ایشان از این روایت برای اثبات محجوریت مفلس استفاده کرده اند. مرحوم صاحب جواهر فرموده اند (فإن الأمر بقسمه ماله ظاهر في رفع اختياره في التخصيص لو أراده، بل هو ظاهر في رفع اختياره لو أراد التصرف فيه على وجه يخرج عن ملكه، حتى لا يستحق الديانة منه، بل لعل المراد من قوله يحبس، المنع من التصرف). (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵: ۲۸۱)

یکی از وجوهی که صاحب جواهر برای این حکم مطرح می کند اطلاق ادله ولایت حاکم است. طبق این وجه ادعا می شود که مقتضای اطلاق ادله ولایت حاکم، صحت حجر است. یعنی طلاق دلیل ولایت حاکم اقتضا می کند حاکم ولایت بر حجر و حکم به بطلان معامله مفلس دارد. که به نظر ما تمام نیست. یعنی با فرض اینکه دلیل ولایت حاکم اطلاق داشته باشد چنانچه در مقبوله عمر بن حنظله و معتبره عمر بن حنظله است ولی در عین حال مقتضای اطلاق ولایت حاکم اطلاق در حد حکم به محجوریت نیست.

با توجه به آنچه که گذشت هیچکدام از ادله ای که بر محجوریت مفلس اقامه شده است تام نیست و صرف تعلق حق غیر، موجب محجوریت صاحب مال نیست. لذا دلیلی بر محجوریت و عدم نفوذ معاملات مفلس وجود ندارد.

۲-۱- شرایط افلاس

افلاس دارای شرایطی است که مرتبط با بستانکار، مدیون و دین است که در ذیل به بررسی آن پرداخته خواهد شد.

۲-۱-۱- شرایط بستانکار

همه بستانکاران یا عده ای از آنان می توانند از محکمه تقاضای حجر مدیون را

نمایند. در واقع اصولاً درخواست طلبکاران از محکمه برای صدور حکم حجر مدیون به عنوان یکی از شروط اعتبار دعوی افلاس مطرح است و از سوی دیگر در صورتیکه طلب بستانکاران کمتر از دارایی‌های مثبت مدیون باشد ممکن است محکمه در صورت صحت تقاضای آنان مبادرت به صدور حکم افلاس نماید. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۵۲۹)

شخص مدیون می‌تواند از دادگاه حکم افراد خود را تقاضا کند. البته این موضوع اختلافی است علامه حلی با نظر فوق موافق است لیکن صاحب جواهر معتقد است که فرد نمی‌تواند درخواست حکم افلاس خود را درخواست نماید البته خبری که علامه حلی بر مبنای آن نظر خود را بیان می‌کند از طریق اهل سنت به دست آمده و سند آن معتبر نیست. (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵: ۲۸۱). برخی معتقدند که در خواست افلاس از امور حسبی است از نظر علامه حلی صائب است و علاوه بر بستانکاران مدیون هم می‌توانند شخصاً تقاضای چنین حکمی را از محکمه داشته باشند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۱: ۵۹۲-۵۹۱).

علمای اهل سنت نیز معتقدند که مدیون می‌تواند تقاضای حکم حجر خود را بنماید البته شافعی این امر را جایز می‌داند. (خطاب، ۱۹۸۳: ش ۱۴۰ به نقل از احمدی، ۱۳۷۵: ۲۱۰) حاکم یا قاضی می‌تواند خود حکم به افلاس مدیون کند؛ با توجه به نظر برخی فقها چنانچه قاضی خود به این نتیجه برسد که شخص مدیون معسر است می‌تواند حکم افلاس وی را صادر نمایند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۱: ۵۹۵)

۲-۱-۲- شرایط مدیون

ویژگی‌های یاد شده درباره نحوه تحقق افلاس در عرف تجارت، در عمل مبنای احکام فقهی نیز قرار داشته، و بدین ترتیب، شروط چهارگانه تحقق افلاس شکل گرفته است؛ این شروط عبارتند از:

۱. ثبوت مدیون بودن شخص نزد مرجع قضایی، ۲. عدم تکافؤ دارایی نسبت به میزان دیون، ۳. حلول وقت ادای دیون، ۴. درخواست حجر مفلس از سوی همه یا

برخی از بستانکاران. به هر تقدیر، افلاس پیش از حکم قاضی تحقق نمی‌یابد و آن کس که هنوز حکم افلاس او از سوی مرجع قضایی صادر نشده است، از نظر احکام تجارت، با محدودیت یا ممنوعیت خاصی روبه‌رو نیست، مگر اینکه با انجام دادن تصرفاتی در اموال خود پیش از صدور حکم، قصد فرار از برخی تعهدات را داشته باشد. در غالب مذاهب اسلامی، در مورد افلاس چنین پیش‌بینی شده است که فرد مفلس به طور موقت از تصرف در دارایی خود ممنوع گردد، تا امکان احقاق حقوق بستانکاران تا حد ممکن فراهم شود. ممنوعیت مفلس از تصرف در اموال خود، در فقه یکی از موارد حجر شمرده شده، و با این لحاظ، مفلس در کنار فرد نابالغ یا مجنون قرار گرفته است، با این تفاوت که حجر نابالغ و مجنون به لحاظ وجود نقصی در محجور و به منظور حفظ مال محجور است، در حالی که حجر مفلس به منظور حفظ منافع بستانکاران اوست. (شهید اول، ۱۳۹۹، ق، ۲: ۲۷۰) از همین رو، حجر مفلس به معنای ممنوعیت از تصرف در اموال به نحوی است که موجب تضییع حقوق و منافع بستانکاران باشد (شهید ثانی، ۱۴۰۳، ج ۴، ص ۳۴) و بر همین اساس، پس از پایان فروش اموال و با تقسیم موجودی میان بستانکاران به نسبت طلب، حجر مفلس نیز منتفی می‌گردد. (محلّی، بیتا، ۲۸۸؛ خرنسبی، ۱۳۱۸، ق، ۵: ۲۶۹).

در صورت تحقق افلاس، موجودی مفلس باید به نسبت میان بستانکاران تقسیم گردد و در مورد باقی مطالبات، بر مبنای آیه شریفه (بقره، ۲: ۲۸۰) عسرت از او برداشته شود، حکمی متفق علیه میان مذاهب اسلامی است و در داوری‌های منقول از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله، از جمله در حکایت افلاس معاذ ابن جبل صحابی، نیز تأیید آن دیده می‌شود. (بیهقی، ۱۳۵۵، ق، ۶: ۴۸-۵۰؛ ابن حجر، ۱۷۷: ۱۳۵۲-۱۷۸)؛ اما حکم به حجر مفلس و ممنوعیت او از تصرف در اموال خود، مخالفانی داشته است. در این باره، ابوحنیفه با توجه به دیدگاه خاص خود درباره آزادی‌های فردی، افلاس و دین را - بر خلاف قول مشهور - از موجبات حجر نمی‌داند، و مفلس و مدیون را در تصرف در اموال خویش بر طبق صلاح و تدبیر خود آزاد شمرده است. وی تکیه بر آن دارد که حجر مدیون توهینی نسبت به شخصیت انسانی اوست و مرجع قضایی در

صورت ضرورت باید با حبس مدیون، او را ملزم به فروش اموال و تقسیم آن میان بستانکاران نماید (غنیمی، ۱۳۸۳ق، ۲: ۷۲).

۲-۱-۳- شرایط دین

در مورد دیون شخص مدیون بایستی شرایط زیر را دارا باشد:

۱. ثبوت دین

وجود دین در محکمه ثابت گردد در غیر این صورت صدور حکم افلاس امکان ندارد به عبارت دیگر اگر حاکم به افلاس وی پی نبرد حکم تفلیس را نمی تواند صادر کند زیرا در فقه اصل بر تمکن است نه اعسار و نیز است در بقاء سلطه شخص بر مال خود است البته دو راه اثبات دعوای افلاس همان اقرار مدیون بینه و علم قاضی است.

۲. عدم کفایت اموال مدیون

عدم اموال مدیون برای پرداخت دیون حال وی از شرایط دیگر افلاس است. یعنی دیون حال او بیشتر از دارائی مثبت او باشد. بنابراین برای دیون مدت دار وی حکم افلاس صادر نمی شود. (موسوی الخمینی، بی تا، ۲: ۱۸)

منظور از دارایی های مثبت کلیه اموال منقول و غیرمنقول و مطالبات و وجوه نقدی شخص است که در مقابل دارایی های منفی یعنی مجموعه دیون قرار می گیرد. طلبکار باید ابتدا جهت وصول طلب خود به مدیون رجوع کند که در صورت استکاف وی از پرداخت دین محکمه اقدام به رسیدگی به موضوع می کند و دستور فروش اموال مدیون را صادر می کند تا از وجوه حاصل شده طلب بستانکار پرداخت شود. همچنین می تواند دستور بازداشت مدیون را بدهد. البته مدیون در چنین حالتی می تواند در اموال خود تصرف کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۱: ۵۹۲)

۳. درخواست حجر مفلس از سوی همه یا برخی طلبکاران

کلیه بستانکاران یا عده‌ای از آنان می‌توانند از محکمه تقاضای حجرمدیون به عنوان یکی از شروط اعتبار دعوای افلاس مطرح شده و نیز در صورتی که طلب بستانکاران کمتر از دارایی‌های مثبت مدیون باشد بنا بر نظر برخی از حقوقدانان امکان صدور حکم افلاس بنابر صلاحدید محکمه وجود دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۱: ۵۲۹)

از سوی دیگر خود مدیون نیز می‌تواند از دادگاه حکم افلاس خود را تقاضا کند البته این موضوع محل اختلاف است. علامه حلی موافق این قول و صاحب جواهر مخالف این قول است و سند روایی علامه حلی را غیرقابل استناد می‌داند. (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵: ۲۸۱) در مقابل برخی قائل هستند که در خواست افلاس از امور حسبی است و خود مدیون هم می‌تواند مباشرة در خواست صدور حکم افلاس را بدهد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ۱: ۵۹۱)

در ارتباط با علم قاضی نیز باید گفت اگر قاضی حصول اطمینان برایش نسبت به افلاس فرد ایجاد شود در نتیجه می‌تواند خود اقدام به صدور حکم افلاس مدیون نماید. هرچند این قول مخالفانی نیز دارد. (عرفانی، ۱۳۹۱، ۴: ۲۷۵)

۳-۱- آثار افلاس

۳-۱-۱- وثیقه شدن دارایی مدیون برای پرداخت دین

دارائی شخص مفلس وثیقه دیون حال بستانکاران او در زمان صدور حکم حجر است دارائی معین و مشخص وی است که وثیقه شخصی قلمداد می‌شود مانند اینکه طلبکاری بخواهد از خیار تفلیس برای استرداد مبیع استفاده کند و نیز اموال دیگر است که وثیقه کلی نامیده می‌شود.

در ماده ۳۸۰ آمده است: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند» به این معنا که مال معینی وثیقه اداء طلب نیست بلکه کل

دارائی مفلس وثیقه طلب غرامت.

در ارتباط با عین معین بودن ماده ۳۸۰ قانون مدنی و مواد ۵۳۰ و ۵۳۳ قانون تجارت در هنگام اعمال اگر بخواهیم ۳۸۰ را بر مبنای حق استرداد مبیع معین و کلی یکسان بدانیم چیزی که از مواد مذکور استنباط می شود و با هدف قانونگذار که حمایت از فروشنده در صورت ورشکستگی مشتری است سازگاری دارد.

نسبت به ماده ۳۸۰ آن چیزی که یقین وجود دارد این است که مبیع عین معین به صورت قدر متیقن در ماده مدنظر است اما در مورد مبیع کلی نیز قابل تعمیم است زیرا مصداق تسلیمی با عین معین تفاوتی ندارد فروشنده در این فرض نیز در صورت بقای عین معین می تواند آن را به خریدار بدهد برخلاف مبیع، کلی یا عین معین بودن ثمن در اجرای این ماده مؤثر است یعنی این ماده اختصاص به موردی دارد که ثمن کلی است در غیر این صورت اگر که ثمن عین معین باشد مالکیت آن در زمان عقد برای فروشنده شود لذا ورشکستگی بعدی خریدار به طور کلی ضرری را متوجه فروشنده نمی کند تا آن نیاز به حمایت مذکور در ماده ۳۸۰ را داشته باشد در راستای همین مطلب ماده ۱۶۳ قانون مدنی مقرر می دارد. «اگر ثمن یا مبیع عین معین بوده و قبل از تسلیم آن احد متعاملین مفلس شود طرف دیگر حق مطالبه آن را دین را خواهد داشت» بنابراین یا معامله یک کالا موجود و معین فروشنده با انعقاد عقد، مالک آن می شود حتی با وجود ورشکستگی، خریدار بعد از انعقاد عقد حق مطالبه آن را در اجرای قرار داد خواهد داشت و اساساً دلیلی برای ورود وی به هیئت غرامتی نیست. (میرزا نژادجویباری، ۱۳۸۵: ۹۱: ۱۰۷: ۱۱۸)

۳-۱-۲- فروش اموال مدیون برای پرداخت دین

پس از اینکه حکم حجر مفلس صادر شد مدیون از تصرف در اموال خود محروم می شود و مالی که عین آن موجود باشد به صاحب آن اختصاص می یابد. در مرحله بعد نوبت به فروش اموال می رسد، سپس بعد از فروش بین طلبکاران تقسیم می شود.

درباره فروش اموال مفلس محقق حلی به آداب و استحباب فروش اشاره می کند:

۱- مستحب است هر کالایی در بازار خود به فروش برسد چون در آن بازار مشتریان کالا فراوان هستند.

۲- به هنگام فروش طلبکاران نیز حضور داشته باشند. صاحب جواهر در شرح کلام علامه حلی می‌گوید چه بسا طلبکاران تمایل به خرید بعضی از اموال داشته باشند و این امر سبب افزایش قیمت انواع قیمت شود. (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵: ۳۲۸)

۳- فروش از اموالی که بیم تلف آن می‌رود شروع شود. همچنین صاحب جواهر عنوان می‌کند پس از فروش اموال تلف شدنی اموالی که نزد دیگران قرار داده شده است مرتبه نسبت به مال رهن استحقاق بیشتری دارد. (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵: ۳۳۲)

۴- فروش انواع را به شخص منادی یا دلالی که رضایت غرما و مفلس است بسپارند و اگر در انتخاب دلال به اتفاق نظر نرسیدند حاکم شرع دلال را انتخاب نماید.

۵- اخذ ثمن معامله در فروش مال مفلس باید قبل از تسلیم مبیع باشد و اگر چنین شود قبض و اقباض مبیع و ثمن در زمان یکسان انجام گیرد و اگر مصلحت اقتضا کند به تاخیر بیافتد در این صورت به علت وجود ضرورت اموال نزد شخص ثروتمندی به امانت گذارده می‌شود. (حلی، ۱۴۱۸، ۲: ۱۴۶)

در واقع فروش اموال مدیون باید بنا به مصلحت مدیون باشد که توانایی پرداخت بدهی او را میسر سازد و از سوی دیگر این امر موازنه متقابل تلقی شده یعنی به مثابه حمایت از مدیون حمایت از طلبکار را برای ایصال به حق وی مهیا می‌سازد.

۳-۱-۳- استرداد عین مال

با توجه به معنای لغوی و با توجه به منطوق کلام مقصود از عین چیزی است که دارای بقاست. بنابر این طلبکار در صورت دسترسی داشتن به عین مال خود در میان اموال مفلس (ورشکسته) می‌تواند آن را بردارد، یا با دیگر طلبکاران به نسبت در اموال وی، شریک باشد؛ لیکن چنانچه مال او در ملک مشتری مفلس افزایش یافته

باشد، زیادی منفصل آن همچون شیر و بچه از آن مشتری است و در زیادی متصل، همچون چاقی - در صورت افزایش قیمت مال بر اثر آن - اختلاف است که آیا آن نیز ملك مشتری است - و در نتیجه وی در آن شريك فروشنده خواهد بود - یا این نوع افزایش به تبعیت اصل مال، ملك فروشنده است. (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵: ۲۹۵)

استرداد مال با اعمال خیار تفلیس دارای سه محور اصلی می باشد:

۱- اکتساب عوض معامله محسوب شده و به واسطه فلس فرد متعذر می شود. به همین جهت اگر مشتری دارای توان مالی باشد و از پرداخت ثمن امتناع نماید محل اعمال خیار نبوده و می توان از حاکم الزام به پرداخت ثمن را مطالبه نمود همچنین اگر سررسید پرداخت ثمن نرسیده است امکان فسخ معامله وجود نخواهد داشت.

۲- معوض معامله که در بیع مبیع گفته می شود بنا بر نظر مشهور باید موجود و قابل استرداد باشد هر چند قول خلاف نیز در این زمینه دال بر این است که بر فرض تلف معوض، امکان فسخ معامله با استفاده از خیار تفلیس وجود دارد.

۳- باید معاوضه محضی که سبب انتقال شده مانند عقد بیع، تحقق یابد. (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق: ۶۰۲) برخی از فقها قائل هستند که خیار تفلیس فوری بوده زیرا حق فسخ معامله خلاف اصل لزوم معاملات محسوب می شود و باید قدر متیقن را مورد توجه قرار داد. رعایت حقوق طلبکاران و مصلحت متضرران معامله نیز چنین اقتضایی داشته و همچنین اصل احتیاط نیز حکم به فوریت خیار تفلیس می نماید. (همان)

قول مشهور این است که بر مبنای اطلاق ادله و اصل استصحاب تأخیر در اجرای خیار را جایز است. (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵: ۲۹۸). نظر حضرت امام خمینی رحمته الله علیه نیز، جواز تراخی در فسخ است لیکن افراط در تأخیر را جایز نمی دانند. بنابر نظر ایشان اگر تأخیر، موجب بلا تکلیف ماندن طلبکاران شود، حاکم، ذوالخیار را مخیر نموده تا تصمیم گیری نماید و در صورت خودداری از أخذ تصمیم، او را جزء طلبکاران تلقی می نماید. (الموسوی الخمینی، ۱۳۷۵: ۱۶۹)

۳-۱-۲- آثار افلاس نسبت به مدیون

۳-۱-۱- ممنوعیت تصرف مفلّس

مفلّس از جهت تصرفات در اموال خود دارای دو قسم تصرف است؛ ۱- تصرفات باطل؛ ۲- تصرفات صحیح. در قسمت تصرفات باطل پس از اعلام ورشکستگی بدهکار از طریق حاکم از تصرف در اموال منع خواهد شد و مصلحت این منع درجه اول حمایت و از حقوق طلبکاران است و در درجه بعد به نفع خود مفلّس است زیرا حفظ اموال و پرداخت دیون ورشکسته او را از ترک پرداخت دیون دیگران مصون نگه داشته در واقع او را از اضرار به غیر به واسطه منع تصرف باز می‌دارد. منع نقل و انتقال اموال عمومیت داشته و معاملات بلاعوض و معوض را شامل می‌شود زیرا در هر دو احتمال ضایع شدن حقوق طلبکاران وجود دارد. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۲۳)

حضرت امام نیز در تحریر الوسیله چنین می‌فرماید:

«برای کسی که دیون او زیاد است هر چند دیونش برابر اموالش باشد جای هر گونه تصرف در آن‌ها جایز و نافذ است هر چند همه اموال را از نزد خود به صورت مجانی یا در مقابل عوضی بیرون کند و این مادامی است که حاکم شهر او را محجور نکرده باشد ولی اگر صلح او بخاطر فرار از دین باشد صحت آن خصوصاً در وقتی که امید پیدا شدن مال دیگر به کسب برایش نباشد اشکال دارد». (موسوی الخمینی، ۱۳۷۵، ۲، ۳۱)

در ارتباط با تعاریف مذکور شرایطی وجود دارد که قابل تقسیم بندی موارد ذیل است:

- ۱- تصرف ابتدایی منع از تصرف وجود دارد یعنی معاملاتی به عنوان معاملات ابتدایی هستند که اساس آن‌ها و انعقاد آن‌ها حجر مدیون صورت گرفته باشد
- ۲- از دیگر شرایط تصرفات ورشکسته این است که تصرفات وی مالی باشد و صرف شود اموال محجور اندکی توو خارج شوند علامه حلی ارتباط می‌گویند از تصرفی که ابتدایی باشد با زمان محجور شدن وی مصادف باشد. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۲۴)

مقدس اردبیلی نیز معتقد است حاکم محجور را در تمام تصرفات مالی موجود در زمان حجر باشد منع می نماید. مثل بیع، کتابت و هبه. (مقدس اردبیلی، بی تا، مبحث منع تصرف) صاحب جواهر نیز همسو با آنان است. (نجفی، ۱۳۹۴، ۲۵: ۲۸۲)

امام خمینی رحمته الله علیه نیز قائل است بعد از اینکه حاکم حکم مدیون محجور را صادر نمود که در این صورت حق طلبکارها به اموال او تعلق خواهد گرفت و وی حق تصرف در آن‌ها به عوض، مانند بیع و اجاره و همچنین به غیر عوض مانند وقف و هبه ندارد مگر اینکه طلبکارها به وی اذن یا اجازه داده باشند. مسأله قابل توجه این است که مفلس فقط از تصرفات ابتدائی محجور خواهد شد بنابراین اگر قبلاً چیزی را خریداری کرده باشد که با خیار فسخ همراه باشد اما بعد محجور گردد خیار همچنان پابرجاست و حق فسخ بیع را دارد یا اجازه دهد ولی اگر قبل صدور حکم محجوریت، حقوق مالی از دیگری داشته باشد اسقاط و تبرئه نمی تواند نماید. (موسوی الخمینی، ۱۳۶۸، ۲: ۲۲)

۱-۳-۲-۱-۱-۱- بطلان از دیدگاه فقها

بطلان در دیدگاه فقها اعم از تزلزل یا مسلوب الاثر بودن است حال در مسأله مورد نظر باید تبیین گردد کدام معنا مدنظر است.

دیدگاه اول: بطلان یا توقف

شیخ طوسی رحمته الله علیه قائل است هر وقت شخصی ورشکستگی اش توسط حاکم صورت گیرد تصرف در اموالش به دو حالت خواهد بود یا باطل است که همین قول قوی تر است یا تصرف وی متوقف می شود و مال او به غیر آنچه تصرف کرده تقسیم خواهد شد. بنابراین اگر اموالش برای پرداخت دیون کفایت کند تصرفات وی در مقدار باقی مانده صحیح خواهد بود و در غیر این صورت تصرفات وی باطل است. (طوسی، ج ۲، ۲۷۲) در نتیجه ایشان قائل به بطلان معاملات مالی و ابتدائی هستند.

دیدگاه دوم: بطلان تصرف در معاملات معوض و غیر معوض

ابن جنید معتقد است که در معاملات معوض و غیر معوض تصرفات ورشکسته باطل خواهد بود. لیکن اگر در اموال مفلس در زمان معامله فزونی ایجاد شود که برابر با ارزش متاع متصرف باشد معامله صحیح است. ایشان می گوید:

«هرگاه شخصی ورشکسته شود و معلوم گردد بعد از ورشکستگی و قبل از اینکه حاکم اموال او را به جهت اداء دین به طلبکاران تسلیم نماید چیزی را از باب صدقه یا عتق یا نظایر این دو از ملک خارج نموده، این تصرفات باطل خواهد بود زیرا این تصرفات را در ملک (مال) غیر انجام داده است پس اگر از این قبیل تصرفات انجام دهد چه به عوض و چه به غیر عوض تصرفات مذکور نافذ نیست مگر اینکه در اموالش به اندازه دینی که بواسطه تصرفات به ذمه اش آمده زیادتى حاصل گردد». (علامه حلی، ۱۴۱۶: ۱۴۹).

دیدگاه سوم: قول به تفصیل

علامه حلی رحمته الله علیه قائل به تفصیل است یعنی در تصرفات غیر معوضه مانند هبه قائل به بطلان است مگر آنکه در زمان هبه شرطی که ابن جنید بیان نمود یعنی حصول زیادتى به واسطه تصرف در اموال، محقق شود. (همان)

با توجه به مطالب ارائه شده می توان گفت نظر سوم که دیدگاه علامه حلی رحمته الله علیه است منطبق بر قاعده تسلیط است زیرا وقتی که ملکیت منتفی می شود استیلاء بر مال توسط مالک نیز منتفی می گردد.

۱-۳-۲-۲- زمان پرداخت دین

در ورشکستگی کلیه دیون ورشکسته حال می شود. از نظر فقهی اگر دیونی مفلس داشته باشد که تاریخ پرداخت آن نرسیده است و دیونی هم دارد که تاریخ پرداخت آن فرا رسیده است در صورتی می توان حکم حجر او را بر او جاری نمود که دیون حال به میزان تنتمه دارایی باشد. (کرکی، ۵، ۱۴۱۴: ۲۲۵) در صورتی که دارایی و دیون باخم برابر باشند، اما مدیون توانایی کسب و کار دارد، دیون او از موجودی پرداخت می شود و برای تأمین مخارج روز مره وادار به کسب و کار می گردد. (همان)

در بین فقهای شیعه ابن جنید اسکافی دیون مدت دار او تبدیل به دیون نقدی می

شود. ولی این قول ضعیف است.

۲- ضرورت احیاء قانون افلاس در قانون ورشکستگی ایران

با توجه به این که قوانین در نظام حقوقی ایران باید با شرع مطابقت نماید و در صورت تعارض با شرع کنار گذاشته شود بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی مبتنی بر اینکه قاضی باید در هر دعوایی حکم را مستند بر قوانین مدّون و در صورت عدم یافتن در آن، مستند بر منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید. در قانون جزا تصریح شده است که در صورتی که برای فعل یا ترک فعلی مجازاتی تعیین نشده باشد جرم نیست. در نتیجه قاضی نمی تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین از صدور حکم ممانعت نماید. این اصل حکم تکلیفی را برای قاضی بیان می کند.

طبق ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی و همچنین ماده ۴ آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی اگر دادرسی دادگاه به علت اینکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نیست یا متناقض است یا به علت فقدان قانون از رسیدگی و حل و فصل دعوی امتناع ورزد، مستنکف از احقاق حق محسوب خواهد شد.

قانون گذار در قانون مجازات اسلامی فصل ۱۲ در باب امتناع از انجام وظایف قانونیاز سوی مقامات قانونی به استناد ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی بیان می کند هر یک از مقامات قضایی که شکایات و تظلمات مطابق شرایط قانونی نزد آنها مطرح شود و درخواست پیگیری وجود داشته باشد و با وجود اینکه رسیدگی به آن شکایت و درخواست از وظایف آنها باشد به هر عذر و بهانه از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع نموده یا صدور حکم را برخلاف قانون به تأخیر بیندازد یا برخلاف حکم قانون رفتار نماید، دفعه اول شش ماه تا یکسال و در صورت تکرار به انفسال دائم از شغل قضائی محکوم می گردد و در هر صورت به تأدیه خسارت وارده نیز محکوم خواهد می شود.

ماده ۵۷۹ ضمانت اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی

مدنی تلقی می‌شود و مجازات قاضی مستنکف از احقاق حق در این ماده را ترک فعل بیان می‌کند.

۲-۱- نظریه و راهکار لازم الاجرا شدن افلاس بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی

با توجه به اینکه افلاس شمولیت داشته و در بردارنده حقوق طلبکار و بدهکار است قانونگذار عملاً در سال ۱۳۱۳ قانون افلاس را نسخ نمود و به دلیل آنکه قانون افلاس از این تاریخ از قانون عرفی ایران حذف شد، در تقنین‌های بعدی تعریفی از افلاس قابل مشاهده نیست ولی از این اصطلاح به معنای اعسار در سایر قوانین به صورت غیر دقیق استفاده شده است که کاربرد آن به صورت تسامحی بوده و مقصود از آن احیای قانون اعسار و افلاس نسخ شده نیست.

۲-۱-۱- بررسی نظریه احیاء قانون افلاس

در فقه اسلامی مطلق کسب و کار معاوضه به قصد سود یا معامله به قصد سود (قلعه جی، ۱۴۰۸، ق، ۱، ۱۲۱) و مطلق بیع بدون لحاظ کردن سود و منفعت آن را تجارت نامیده می‌شود. (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۸، ص ۶۹)

هرچند در تعریف تاجر اختلاف نظر وجود دارد لیکن جمع بین آراء این است که فرد شغل معمول خود را تجارت قرار داده باشد انجام عملیات تجاری به صورت حرفه یا شغل قرار داده باشد و استقلال در تجارت داشته باشد یعنی به نام و حساب خودش انجام دهد و در قبول سود و زیان معاملات نیز اراده استقلالی داشته باشند. (اسکینی، ۱۳۹۱: ۹۷) همچنین ملاک کسبه جزء نبودن یا پیشه‌ور نبودن است. (ستوده تهرانی، ۱۳۸۴، ۱: ۴۱)

در کشورهای مانند فرانسه، انگلیس، آمریکا قانون ورشکسته تاجرو غیرتاجر یکسان بوده و بیشتر بر عنوان عامل تجاری تأکید می‌شود. عامل که در فرهنگ حقوقی black تعریف شده است؛ به یک نماینده تجاری که در اختیار یک اصیل به کار گرفته می‌شود تا کالای تجاری که به این منظور به وی داده شده است را برای اصیل از طرف وی بفروشد. اما معمولاً فروش را به نام خود انجام می‌دهد و کالا در

تصرف و کنترل عامل قرار داده؛ در مقابل به عامل کمیسیون یا حق عاملیت پرداخت می‌شود.

در فرهنگ حقوقی west عامل را اینگونه تعریف می‌کند عامل نوعی نماینده است که کالاهایی را که متعلقه فرد دیگری است به فروش می‌رساند. البته باید گفت عامل با نماینده متفاوت است زیرا عامل کالاها را در تصرف خود باید داشته باشد در حالی که برای نماینده این شرط وجود ندارد رابطه عامل و اصیل با قرارداد برقرار می‌شود. هر دو طرف ملزم به رعایت مفاد قرارداد هستند و اختتام قرارداد نیز توسط عامل اصیل یا به حکم قانون امکان پذیر است. (۲۰۰۶، ۲۹۸، pp leman) در لغت نامه حقوقی essentials آمده است عامل این گونه تعریف شده نماینده‌ای که در مقابل کمیسیون با دریافت حق عاملیت مبادرت به خرید و فروش کالا می‌کند (Sphinx publication, ۲۰۰۸). باتوجه به تعاریف صورت گرفته می‌توان گفت که در تطبیق مفهوم عامل در حقوق ایران با توجه به مبانی فقهی از جمله؛ روایات باب افلاس می‌شود و مفهوم حقوق خارجی وجوه اشتراک و افتراقی وجود دارد که گاهی باید تفسیر مضیق نمود و گاهی قابلیت تفسیر موسع داشته و انواع روابط تجاری و معاملاتی را شامل می‌شود.

در حقوق ایران عبارت عاملی در بند ۳ از ماده ۲ قانون تجارت به کار رفته و در زمره عملیات تجاری محسوب می‌شود به طور کلی قانون‌گذار تعریفی از عامل ارائه نداده است. بین حقوق دانان نیز در ارتباط با معنای عاملی اختلاف نظر است.

در قانون افلاس به عنوان یک قانون عام تعاریف مختلف اعم از عامل، حق العمل کار، کسبه جزء را در برمی‌گیرد و حمایت قانونی چندجانبه را در برخواهد داشت به دنبال احیاء قانون افلاس چنانچه عامل نیز متضرر شود یا حق العمل کار از جانب طرف قرارداد خویش با نقصانی مواجه شود فرصت جبران و مهلت پرداخت و استرداد برای آنان همچنان وجود خواهد داشت و تکثر عناوین مانع بهره‌مندی از چتر حمایتی قانون‌گذار نخواهد بود.

۲-۲- نظریه و راهکار وضع قانون افلاس همراه با بقای قانون ورشکستگی

با توجه به تعاریف ارائه شده از ورشکستگی در قسمت قبل می توان گفت ورشکستگی در فقه بین تاجر و غیر تاجر احکام یکسانی دارد. اما در حقوق ورشکسته تنها به تاجر اختصاص می یابد هنگامی که نتواند دیون خود را بپردازد و حکم محجوریت آن صادر شده باشد. دایره شمول مفهوم اعسار از مفهوم ورشکستگی گسترده تر بوده و نسبت میان آن ها عموم و خصوص مطلق است بنابراین هر معسری ورشکسته است اما هر ورشکسته ای معسر نیست. (مبلغی، ۱۳۹۲: ۲۲) حال با نگاه برون فقهی و حقوقی وجوه تراجیح قوانین افلاس و ورشکستگی مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرد.

۲-۲-۱- بررسی نظریه

با توجه به اینکه در قانون کشورهای چو فرانسه و آمریکا قانون ورشکستگی شامل محجورین می گردد قطع نظر از این که مدیون تاجر باشد یا غیرتاجر و همچنین قانون افلاس در فقه اسلامی رویکرد تعمیم قوانین اسلامی را مورد پذیرش قرار داده است که وجوه تراجیحی در محورهای ذیل مورد بررسی قرار می گیرد.

۲-۲-۱-۱- اعتبار عمومی

به موجب ماده ۵۶۱ قانون تجارت در هر زمانی که تاجر توانایی پرداخت کلیه بدهی های خود را داشته باشد، می تواند از دادگاه تقاضای اعاده اعتبار کند. که از آن به اعتبار حقی یاد می شود. (محمدی، ۱۳۸۹: ۲۴۳) همچنین در صورتی که تاجر با ابراز حسن نیت موفق به پرداخت کلیه دیون خود نشود.

طبق ماده ۵۶۵ قانون تجارت برای رفع محجوریت تاجر ورشکسته گذشت مدت پنج سال پس از اعلان ورشکستگی و اثبات صحت معاملات در مدت پنج سال، در نهایت تا زمان صدور حکم شرط نموده و اعاده اعتبار را یکی دیگر از شرایط اعاده اعتبار عمومی تاجر تلقی نموده، از سوی دیگر جلب رضایت طلبکاران نسبت به اعاده اعتبار که این عمل یا به واسطه انعقاد قرارداد ارفاقی است که قبلاً تحصیل

شده یا بعداً طلبکاران ذمه تاجر ورشکسته را بری کرده باشند را از شروط اعاده حیثیت قانونی می داند.

همان طور که در مورد جرایم، بعد از انقضای مدت زمانی، به اعاده حیثیت حکم می شود، در ورشکستگی نیز بعد از سپری شدن زمانی دادگاه اجازه دارد تا نسبت به اعاده اعتبار تاجر ورشکسته تصمیم گیری نماید.

بنابر تقریر ابن قدامه به دنبال تقسیم دارایی های ورشکسته وجهی برای ادامه محجوریت او باقی نمی ماند، زیرا او را از تصرف در اموالش ممنوع می کنند، تا مالش را بین بستانکاران تقسیم نمایند و پس از تقسیم اموال، حجر هم زایل می شود، همانند مجنون که پس از رفع جنون بدون آن که به حکم حاکم وابسته باشد، محدودیت تصرف از او برداشته می شود، لکن در پاسخ گفته شده که محجوریت مجنون بدون حکم حاکم ثابت شده و بدون حکم او نیز زایل می گردد برخلاف ورشکسته که جز به حکم حاکم محجور نمی شود. (ابن قدامه، بی تا، ۴: ۵۰۸)

اعتبارات عمومی برپایه احساس امنیت در تجارت و اعتماد و اطمینان بر طرف های معاملاتی و همین طور دستگاه قضایی که بتواند حافظ نظم عمومی در بازرگانی باشد ایجاد می گردد. در حقوق ورشکستگی ابزارهای برای حمایت از اعتبارات اختصاصی و به ویژه توسعه و تقویت اعتبارات بانکی پیش بینی نموده اند و مقنن، با امتیاز دادن به وثایق دین، تهاتر بانکی و تضامن در اسناد تجارتي، موجب گسترش فعالیت بانک ها و مؤسسات اعتباری در جهت تأمین منابع مالی بازرگانان گردیده است. (صقري، ۱۳۸۶: ۱۷)

با توجه به اینکه وجاهت تجاری فرد تاجر جایگاه ویژه ای نسبت به غیرتاجر دارد در قانون ایران، قانونگذار اقدام به تصویب قانون منفک ورشکسته تاجر و غیر تاجر نموده است از سوی دیگر قانون اسلام محجور که اعم از تاجر و غیرتاجر است را تحت شمول قانون عام می داند با این رویکرد که هر دو باید به یک میزان مورد حمایت واقع شوند و بر طبق فقه هر فعالیت و معامله تجاری عرفی هرچند مختصر و محدود تجارت است.

۲-۲-۱-۲- اصل تساوی طلبکاران

به طور کلی دارایی مدیون در وثیقه عام طلبکاران او است؛ زیرا هنگامی که شخصی بدون وثیقه وام (وثیقه عام طلبکاران) از يك نقطه نظر کلی دارایی مدیون را می‌دهد، یا مالی را به نسیه انتقال می‌دهد که بی تردید اصل برعدم تبرع است و فرد آن را محلی برای وصول طلب خود می‌داند. قانونگذار نیز بر همین مبنا و برای محافظت از اموال مدیون که علی‌الاصول مطالبات طلبکاران از آن محل استیفاء می‌گردد اقداماتی را پیش بینی نموده است: از جمله، امور راجع به ترکه از جمله اقداماتی است که برای حفظ ترکه و رسانیدن آن به صاحبان حقوق انجام می‌شد. اموال بدهکار توقیف و در صورت صدور حکم تاجر بودن و صدور حکم ورشکستگی در اختیار مدیر تصفیه و یا اداره تصفیه قرار می‌گیرد که تحت مقررات قانونی فروخته شده و ماحصل فروش بین طلبکاران به نسبت طلب آن‌ها تقسیم گردد در صورت غیرتاجر بودن و محجور شدن وی با توجه به اینکه اموال ورشکستگی قابل اجراء شد، اداره تصفیه صورتی از اموال ورشکسته برداشته، اقدامات لازم از قبیل مهر و موم برای حفظ آن‌ها به عمل می‌آورد. (قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی ماده ۱۳)

یکی از مبانی مهم عدم نفوذ معاملات به قصد فرار از دین نظریه وثیقه عمومی اموال مدیون عنوان گردیده است. «اصل تساوی بستانکاران» نتیجه قهری مترتب بر این نظریه اصلی است. به عبارت دیگر، همچنان که نظریه وثیقه عمومی دیان برای حفظ حقوق مجموع طلبکاران ایجاد شده است، ضرورتاً می‌بایست هیچ‌یک از آن‌ها بر دیگران رجحان نداشته و همه بالسویه از اموال مدیون استیفاء طلب نمایند. مع الوصف، تساوی بستانکاران و عدم اولویت طلبکاری بر هیأت طلبکاران بعنوان يك اصل تلقی می‌شود نه يك عام بدون استثناء. بدین ترتیب قانونگذار به طلبکار اجازه داده است تا با توافق مدیون مالی را برای وثیقه از او اخذ نمایند. با توجه به اینکه اموال ورشکسته به مزایده گذاشته می‌شود.

نخستین اولویت واگذاری برحسب مزایده با کسانیست که بالاترین نرخ را برای خرید پیشنهاد نمایند اما قبل از آنکه اموال به مزایده گذاشته شود بستانکاران دارای اولویت‌های ذیل هستند:

۱. بستانکاران دارای وثیقه مطالبات بستانکاران از فروش تضمین‌هایی است که در نزد آن‌ها می‌باشد و اگر مبلغ وثیقه زیادتر است طلبکاری بستانکار بود مبلغ اضافی به مجموعه موجودی ورشکسته باز می‌گردد و اگر کمتر بود نسبت به کمبود آن با سایر بستانکاران در تقسیم اموال ورشکسته شریک می‌شود.

۲. بستانکاران ممتاز: بستانکاری‌هایی که مربوط به هزینه نگهداری اموال حقوق و دستمزد بدهی مالیاتی اجاره انبار و امثال آن باشد با عنوان بستانکاری‌های ممتاز در قانون تجارت در فقه اسلامی از اولویت پرداخت برخوردار است علامه حلی می‌گوید قبل از پرداخت بدهی‌ها اجرت توزیع حمل و آنچه مربوط به هزینه‌ها و مصالح دوره حجر است پرداخت می‌گردد. (حلی، ۱۳۸۸، ۹: ۲۴۸)

۳. بستانکاران عادی کسانی که از اولویت‌های فوق برخوردار نیستند بستانکار عادی می‌باشند این گروه نیز به دو دسته قابل تقسیم بند آنان که عین مالشان در اموال ورشکسته موجود است (مقصود اعم از تاجر و غیرتاجر) و کسانی که ورشکسته مال آن‌ها را مبادله کرده است در صورت نخست عین مال به صاحبش برگردانده می‌شود زیرا پیامبر فرمود هر کس عین کالای خود را در میان اموال ورشکسته بیابد خود او سزاوارتر است به مال خود (شوکانی، ۱۹۷۹، ۵: ۲۴۲)

در نتیجه با توجه به موارد ذکر شده عموم فقهای اسلامی بر این نظرند که اگر تمامی دارایی ورشکسته یک کالای واحد باشد و این کالا متعلق به یکی از بستانکاران باشد بستانکار می‌تواند مال خود را بدون کم و کاست تملک نمایند لکن ابی حنیفه او را با سایر بستانکاران مساوی می‌داند و برای نظریه خود دو دلیل بیان می‌کند:

أ. فروشنده کالا حق دارد تا قبل از دریافت پول کالا را به مشتری تحویل ندهد اما زمانی که کالا را به مشتری تحویل داد حقوق او اسقاط شده است و نمی‌تواند رجوع کند همانگونه که اگر مرتهن عین مرهونه را به راهن برگرداند دوباره نمی‌تواند آن را مطالبه کند بنابراین

ا. که جنس را تحویل داده نمی‌تواند به بهانه ورشکسته شدن خریدار به او مراجعه نماید و عین جنس خود را برگرداند.

ب. بستانکاری که کالایش موجود است با سایر بستانکاران از حیث سبب استحقاق مساوی است پس از استحقاق نیز همسان آن خواهد بود یعنی وقتیکه کالایش موجود نیست نمی‌تواند به اموال باقیمانده نزدیک شود با آنکه بستانکار است ولی باید منتظر تقسیم و فروش و مزایده اموال باشد همینطور بستانکاری که کالایش موجود است نمی‌تواند ادعایی کند چون هر دو بستانکارند. (مقدسی، بی تا، ۴: ۴۵۶)

در ماده ۵۳۱ قانون تجارت بیان شده است عین هر مال متعلق به دیگری که در نزد تاجر ورشکسته موجود باشد قابل استرداد است. محدث بحرانی از شیخ طوسی نقل می‌کند اگر بستانکار مالش موجود باشد با سایر بستانکاران همسان می‌شمارد مگر اینکه باقیمانده اموال برای پرداخت تمامی بدهکاری‌ها کافی باشد. شیخ طوسی دو روایت صحیح را ذکر می‌کند که هر دو دلالت بر اولویت صاحب کالا نسبت به دیگر طلبکاران دارد. روایت اول صحیح عمر بن یزید از امام کاظم علیه السلام که راوی می‌پرسد حکم کسی که متاع را به عینه شکسته یافته است چیست؟ حضرت فرمود: سایر بستانکاران شریک با او در این جنس نیستند و منحصر به صاحب کالا است. (طوسی، ۱۳۹۰، ۶: ۱۹۳) بنا بر نظر مشهور علما صاحب حق را سزاوارتر از دیگران نسبت به مالش بدانیم از همین رو، استثناء کردن دارنده تأمین خواسته از اصل تساوی طلبکاران، استثنای ناموجهی نیست.

قانونگذار ما نیز با نظر اخیر موافق است؛ چنانکه در ماده ۲۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۱۸) بیان شده است: «درخواست کننده تأمین در استیفاء طلبش از مال مورد تأمین بر سایر طلبکاران حق تقدم دارد». این موضوع با فلسفه تأسیس تأمین خواسته نیز مطابق است. (صدرزاده افشار، ۱۳۷۲: ۳۶۰-۳۵۹) اینکه قانونگذار بدو درخواست کننده را ملزم به رعایت شرایطی بنماید و او را به جبران و تدارک خسارات طرف مقابل ملزم کند، ولی در عین حال، دارنده قرار

تأمین را با سایر طلبکاران برابر قرار دهد، عملی لغو است که استناد آن به قانونگذار جایز نیست با توجه به موارد ذکر شده و بنا بر مستندات و روایات صاحب حق اولویت بر مال می یابد و نسبت به تاجر و غیرتاجر یکسان است.

۲-۲-۱-۳- پیشگیری از فرار از دین

یکی از مهم‌ترین قانونی که جنبه کاربردی دارد در قانون نحوه‌ی اجرای محکومیت‌های مالی (مصوب ۱۳۷۷/۸/۱۰) ماده ۴ است که بیان می‌کند: «هرکس با قصد فرار از ادای دیون و تعهدات مالی موضوع اسناد لازم‌الاجرا و کلیه محکومیت‌های مالی، مال خود را به دیگران انتقال دهد به نحوی که باقیمانده‌ی اموالش برای پرداخت بدهی او کافی نباشد، عمل او جرم محسوب شده و مرتکب به چهار ماه تا دو سال حبس تعزیری محکوم می‌گردد و در صورتی که انتقال گیرنده نیز با علم به موضوع اقدام کرده باشد شریک جرم محسوب می‌گردد و در این صورت اگر مال در ملکیت انتقال گیرنده باشد، عین آن و در غیر این صورت، قیمت یا مثل آن از اموال انتقال گیرنده بابت تأدیه‌ی دین استیفاء خواهد شد.

این ماده که وجوه تشابهی با ماده (۴) قانون نحوه‌ی اجرای محکومیت‌های مالی منسوخ (مصوب ۱۳۵۱) دارد، جایگزین آن ماده گردیده است؛ قانون قبلی تحت شرایطی معامله مدیون به قصد فرار از دین یا محکوم به را، در صورت سوء نیت انتقال گیرنده، غیرقابل استناد در برابر بستانکاران اعلام می‌کرد. در قانون جدید و در ماده (۴) شرایط تحقق معامله به قصد فرار از دین بدین شرح اعلام شده است:

«۱- انجام معامله، ۲- زیان به حال بستانکاران، ۳- مستند بودن دین به سند لازم‌الاجرا یا حکم دادگاه، ۴- قصد اضرار به بستانکاران، ۵- آگاهی طرف دیگر معامله از قصد فرار از دین.» (صفایی، ۱۳۹۸: ۱۴۶)

در نتیجه، قانون فعلی نحوه‌ی اجرای محکومیت‌های مالی پیرامون ضمان تاجر و نوع معاملات که شامل بطلان یا عدم نفوذ است صراحتی وجود ندارد و تنها در مورد استیفای طلب از عین مال یا قیمت یا مثل آن سخن گفته است. همچنین پیرامون ضمانت اجرای کیفری نیز این ماده، بزه انتقال مال به غیر را به قصد فرار از

اداء دین، شدت مجازات برای جرم ذکر شده را نسبت به قانون قبل تقلیل نموده و عنوان آن را تغییر داده است به گونه‌ای که از جرم در حکم کلاه‌برداری به جرم بزه خاص با مجازات معین تبدیل گردیده است. از سوی دیگر برخلاف قانون مصوب ۱۳۵۱ برای انتقال گیرنده، عنوان شرکت در جرم را قرارداد داده است. (پزشکی، ۱۳۸۰: ۸۶) بنابراین این با توجه به اطلاق ماده می‌توان گفت شمول آن تاجر و غیر تاجر را در بر می‌گیرد.

۲-۳- نظریه و راهکار وضع قانون افلاس و نسخ قانون ورشکستگی

در حقوق ایران ماده ۴۱۲ در قانون تجارت ورشکستگی را مختص به تاجر و شرکت تجاری می‌داند در نتیجه غیرتاجر و شرکت‌های غیرتجاری مشمول قوانین ورشکستگی نمی‌داند.

اما در کشورهای دیگر همچون فرانسه، در ماده ۱ قانون فرانسه مصوب ژوئیه ۱۹۶۷ با اصلاحات بعدی با توجه به مواد ۹۶ و ۱۰۴، ورشکستگی را علاوه بر تاجر، به شرکت‌های غیرتجارتی نیز که موضوع آن‌ها اغلب اقتصادی است. (به استثناء شهرداری، استانداری، شهرداری، بخشداری و سایر موسسات عمومی) را در بر می‌گیرد.

در قانون کنونی فرانسه در صورت تعارض قوانین حکم ورشکستگی شرکت‌های مدنی کشورهایی، مانند ایالات متحده آمریکا، نروژ، هلند، سوئد، آلمان، انگلستان، اتریش و اسکاتلند را که در فرانسه استقرار دارند صادر نمایند زیرا کشورهای ذکر شده ورشکستگی شرکت‌های مدنی را پذیرفته‌اند. ماده ۱ قانون تجارت با قانون فرانسه قابل جمع شدن است و تعارضی در آن مشاهده نمی‌شود.

اما وصف کلمه تاجر بودن یا شرکت تجارتی از یک سو و انتخاب بین دو قانون یعنی قانون حاکم بر وضع حقوقی تاجر یا شرکت تجارتی کشورهای مذکور و فرانسه با مشکل روبه رو خواهد شد.

اگر تاجر خارجی به عنوان تاجر در فرانسه شناخته نگردد ولی در قانون خارجی دارای وصف تاجر باشد در چنین صورتی ضرر متوجه طلبکار فرانسوی خواهد شد.

از دیگر سو، در برخی از کشورها مانند هلند، مفهوم تاجر جایگاهی ندارد. در نتیجه برای تعیین تاجر بودن، مراجعه به قانون خارجی امکان پذیر نیست. بنابراین برای پرهیز از معایب و برای حل تعارض، قانون مقر دادگاه رسیدگی کننده مورد استفاده قرار می‌گیرد.

چنانچه صدور دستور اجرای حکم ورشکستگی از دادگاه صلاحیت دار فرانسه خواسته شود دادگاه فرانسه می‌تواند اجرای این دستور را با استناد به اینکه شخص تاجر نمی‌باشد رد نماید.

در این صورت اگر فردی در فرانسه فعالیت تجاری نداشته لیکن در آنجا دارای اموال است، اجرای دستور صادره درباره حکم ورشکستگی تاجر خارجی، از طرف دادگاه فرانسه بر خلاف نظم عمومی این کشور نمی‌باشد بلکه از نظر طلبکاران فرانسوی راه حل منصفانه‌ای برای کسانی که در شرایط مساوی قرار می‌گیرند می‌تواند باشد.

در قانون آلمان مقررات ورشکستگی بر خلاف حقوق ایران و فرانسه شامل تاجر و غیر تاجر می‌شود. شرط اصلی رسیدگی به دعوی ورشکستگی عدم توانائی بدهکار از تأدیه دیونی که به عهده دارد، می‌باشد. یعنی آنچه مورد نظر است که دارائی مثبت بدهکار کمتر از دیون حال او باشد. از سویی دیگر توقف از تأدیه دیون را می‌توان گزینه بر عدم توانائی پرداخت دین و وثیقه مدیون تلقی نمود.

در قانون ایران ماده ۴۱۸ قانون تجارت ایران مقرر داشته که از تاریخ صدور حکم تاجر ورشکسته حق مداخله در اموال خود را ندارد. بدین صورت که از دادگاه صلاحیت دار ایران حکم ورشکستگی صادر گردد. اگر طبق ماده ۴۱۲ گفته شود قانون تجارت ایران ورشکستگی تاجر را در نتیجه توقف از ادای دیون او مقرر داشته و همچنین معاملاتی را که تاجر بعد از توقف خود انجام می‌دهد، طبق ماده ۴۲۳ قانون نیز باطل و بلا اثر دانسته، بنابر این، ابتدای سلب مداخله تاجر در اموالش تاریخ توقف از ادای دیون باشد نه اینکه تاریخ صدور حکم را تاریخ توقف محسوب نماییم.

به طور استثناء معاملات تاجر یا شرکت تجاری، طبق ماده ۴۲۳ قانون تجارت ایران، در مواردی که به ضرر طلبکاران باشد بعد از توقف از ادای دیون نیز باطل و بلاثر می‌باشد.

در قانون فرانسه هر فعل حقوقی که توسط شخص ورشکسته پس از صدور حکم ورشکستگی انجام شود، نسبت به طلبکاران بلاثر است، در این مورد ماده ۱۵ تجارت فرانسه در مورد ممنوع مداخله ورشکسته در اموالش بیان می‌کند: از تاریخ صدور حکم تصفیه اموال به خودی خود در تمامی اموالش حتی آنچه را که امکان دارد به هر عنوانی در مدت تصفیه عاید او گردد حق اداره و مداخله بدهکار را سلب خواهد نمود.

در کشورهایی مانند ایالات متحده آمریکا، کانادا، انگلیس بعد از صدور حکم ورشکستگی، اموال ورشکسته به تراست و یا به «مجموعه دارائی» انتقال خواهد یافت.

در قانون آلمان، حق عینی به نفع طلبکاران از تاریخ صدور حکم ورشکستگی در دارائی ورشکسته به وجود می‌آید.

با توجه به آنچه بیان شد اختلاف موجود در حقوق کشورهای مختلف، سیستم وحدت و عمومیت قوانین ورشکستگی را از نظر بین المللی با مشکل مواجه می‌نماید و در صورت چندگانگی مقررات ورشکستگی نیز در تنظیم قرارداد ارفاقی و قبول اصل صلاحیت دادگاهی که مرکز اصلی و بنگاه معاملاتی محسوب می‌شود که در قانون ایران مورد توجه است.

۲-۳-۱-۱- بررسی نظریه

ورشکسته از تمام تصرفات بدوی خود که ارتباط با مال داشته باشد منع می‌شود البته تصرفی که مستلزم مال باشد مانند اصطیاد و احتطاب؛ قبول وصیت بلا اشکال است در نزد شیعه مقصود از تصرفاتی که از آن منع شده است تصرفات ابتدایی است که به دارایی موجود در حال حجر تعلق می‌گیرد مانند رهن، بیع، هبه اما امضاء کردن تصرفی که سابقاً انجام داده یا ابطال آن مانند فسخ بیع بلا اشکال است.

(بحرانی، ۱۳۱۷، ۲۰: ۳۸۵) از دیدگاه مذاهب شافعی و حنبلی و حنفی، همه تصرفات مدیون غیر مجبور و معسر جد از داشتن قصد یا عدم قصد فرار از دین دارای صحت می‌باشد. (درویش خادم، ۱۳۷۰: ۱۶) به عبارتی می‌توان گفت اکثریت فقهای مذاهب عامه، معامله به قصد فرار از اداء دین را محکوم به صحت دانسته‌اند. از دیدگاه فقه امامیه نیز جز تعداد اندکی از فقها، عموم آن‌ها قائل به عدم ضرری بودن معاملات مدیون معسر و بالتبع آن حکم معامله به قصد فرار از اداء دین هستند. (لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۳۱)

بعضی از فقهای امامیه انواع تصرفات مالی را اگر چه سبب اخراج کلیه اموال مدیون گردد تا هنگام عدم صدور حکم حجر توسط حاکم صحیح می‌دانند. (موسوی الخمینی، ۱۳۷۵: ۳۱) مقدس اردبیلی نیز عقیده دارند صدور حکم حجر برای ممنوعیت از تصرف می‌باشد. (مقدس اردبیلی، بیتا: ۴۸۹) با توجه به موارد ذکر شده نادرستی عبارات کسانی که عقیده به عدم صحت معاملات به قصد فرار از دین را به فقها نسبت داده و آن را مورد اجماعی دانسته‌اند، آشکار می‌شود. (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۱۹۵) در ماده ۴۲۳ قانون تجارت تمامی معاملات ورشکسته را پس از صدور حکم توقف اموال باطل و بلااثر می‌داند. همچنین دایره ممنوعیت ورشکسته به اموال موجود ورشکسته محدود نمی‌شود و اموالی که پس از حکم ورشکستگی به ملکیت ورشکسته در می‌آید مشمول حکم حجر می‌شود هر چند مقتضای قاعده استیلاء بر مال دلالت بر تسلط مالک بر مال دارد لیکن ادله حجر ورشکسته مطلق بود و تصرفات در اموال آتی را نیز در بر می‌گیرد. در نتیجه ماده ۴۲۳ قانون تجارت با قانون حجر ملازمت بیشتری دارد.

نتیجه گیری

۱. دعوای ورشکستگی همانطور که ذکر شد مختص اشخاص تاجر است اما دعوای افلاس ناظر به اشخاص تاجر و غیرتاجر است زیرا در فقه مفلس کسی است که میزان دیون او از میزان طلب و اموالش بیشتر باشد و اموال او کفاف پرداخت دیون او را ننماید در این صورت فرقی نمی کند که شخص به تجارت مشغول باشد یا به امور غیر تجاری و حاکم شرع جهت حمایت از طلبکاران او را از تصرف در اموال خود ممنوع نموده لذا افلاس شامل ورشکسته هم می شود.
۲. در دعوای ورشکستگی صرف ناتوانی در تأدیه دین کفایت می کند، اما در دعوای افلاس عدم کفایت دارایی ملاک است
۳. رابطه افلاس و ورشکستگی عموم و خصوص من وجه است زیرا اولاً افلاس عام است و هر فردی که اموالش مستغرق در دیون باشد مفلس است اما ورشکستگی فقط شامل تاجر و شرکت ورشکسته تجاری است ثانیاً ورشکستگی ناظر به توقف در پرداخت ولی افلاس ناظر به حالتی است که حتماً دارایی منفی از دارایی مثبت بیشتر باشد.
۴. لزوم کسر دارایی بر بدهی یعنی توجه به واقعیت حقوقی و نه صورت ظاهر در افلاس صورت می گیرد بنابر این عدم تأدیه دیون حال، بدون احراز فزونی آن بر مدیون موجب فلس نخواهد شد در حالی امکان دارد طرف‌های معاملاتی، هنوز به اتکای ظاهر ملئ و مستطیع وی اقدام به نسبه فروشی نمایند. بدون شک اگر احتمال بدهند که مشار الیه بد حسابی کرده است و طلبه‌ایشان را در سر موعد نمی پردازد، هیچ گاه با این شرایط راضی به انجام معامله نمی شود.
۵. افلاس در ارتباط با طلبکاران فعلی و در جهت حفظ منافع آنان قابل بررسی بوده و وجود حالت افلاس در فردی فی نفسه با نظم عمومی در ارتباط نیست.
۶. در ورشکستگی دستگاه قضائی ضمن بررسی و احراز تاجر بودن شخص بدهکار و متوقف بودن واقعی وی از پرداخت دیون، ضمن حکم ورشکستگی مدیر تصفیه تعیین می کند و یا موضوع را به اداره تصفیه و ورشکستگی که یک سازمان اداری و دولتی است واگذار می کند تا ضمن اعلان موضوع در

روزنامه‌های کثیرالانتشار کلیه طلبکاران تاجر و همچنین بدهکاران تاجر را در هرکجا که باشند دعوت نماید و پس از بررسی اسناد طلب و دیون، اموال تاجر را به نسبت طلب طلبکاران تقسیم نماید.

۷. بدهکاران غیرتاجر، بعد از صدور حکم اعسار علیه آن‌ها، از تصرف در اموال خود محروم نمی‌شوند. اما تاجر بدهکار، در صورت صدور حکم ورشکستگی در مورد آن‌ها، از تصرف در اموال و دارائی خود محروم می‌شوند و کلیه اموال تاجر (به‌استثناء آنچه برای معیشت وی و خانواده‌اش ضروری است) توقیف و در اختیار مدیر تصفیه و یا اداره تصفیه قرار می‌گیرد که تحت مقررات قانونی فروخته‌شده و ماحصل فروش بین طلبکاران به نسبت طلب آن‌ها تقسیم گردد.

۸. در صورت حکم ورشکستگی، تاجر ورشکسته اعتبار خود را از دست می‌دهد و چنین تاجری در بعضی موارد از حقوق سیاسی و اجتماعی محروم می‌گردد و اعاده اعتبار وی شرایط و موائد خاصی را می‌طلبد. اما اعسار موجب سلب اعتبار از معسر نمی‌گردد.

منابع و مآخذ

قرآن کریم

۱. ابن حجر عسقلانی، احمد، (۱۳۵۲). بلوغ المرام فی ادله الاحکام، به کوشش محمد حامد فقی، بیروت: دارالاحیاء العلوم
۲. ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبدالله، (۱۴۰۴)، بن احمد، مغنی، بیروت: دارالاحیاء.
۳. اسکینی، ربیعا (۱۳۹۱)، حقوق تجارت ورشکستگی وتصفیه امور ورشکسته، تهران: انتشارات سمت.
۴. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، (۱۳۱۷ ه.ق)، الحدائق الناظره، تهران: نشر ایران.
۵. بیهقی، احمد بن حسین، (۱۳۸۳)، السنن الکبری، بیروت: دارالکتب العلمیه.
۶. جعفری ننگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
۷. جعفری ننگرودی، محمد جعفر، (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق برپایه اصالت عمل تئوری موازنه، تهران: گنج دانش.
۸. جعفری ننگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۳)، دائره المعارف علوم اسلامی، تهران: گنج دانش.
۹. جمعی از پژوهشگران زیر نظر هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۸۴)، فرهنگ فقه مطابق مذهب فقه امامیه، فقه اهل بیت، قم: دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام
۱۰. حائری شهاباغ، سیدعلی، (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
۱۱. حرعاملی، محمد بن الحسن، (۱۳۱۹)، وسائل الشیعه، بیروت: دار الاحیاء.
۱۲. حسینی عاملی، سید محمدجواد، (بی تا)، مفتاح الکرامه، قم: موسسه آل البیت.
۱۳. حلّی، فخرالدین ابو عبدالله محمد بن احمد بن ادریس عجلّی، (۱۴۰۸)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعة المدرسین
۱۴. حلّی، حسن بن یوسف، (۱۳۸۸)، ارشادالاذهان الی احکام الایمان، مترجم: مهدی نجفی، تهران: یسنا
۱۵. حلّی، حسن، (۱۴۱۸ ق)، قواعد الاحکام، قم: نشرالاسلامیه
۱۶. خرنشی، محمد، (۱۳۱۸)، شرح علی المختصر سیدی خلیل، بیروت: دارالفکر
۱۷. خطاب، وهیبه، (۱۹۸۳)، احکام التزام بین الشریعه الاسلامیه و القانون، الطبعة الاولى، قاهره: دارالفکر العربی، ش ۱۴۰.
۱۸. خمینی رحمته الله علیه، روح الله، (۱۳۷۵)، تحریر الوسیله، ترجمه: علی اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. خمینی رحمته الله علیه، روح الله، (۱۴۱۵ ق)، کتاب البیع، قم: موسسه النشر الاسلامی.
۲۰. درویش خادم، بهرام، (۱۳۷۰)، معامله به قصد فرار از دین، تهران: انتشارات کیهان.
۲۱. ستوده تهرانی، حسن، (۱۳۹۱)، حقوق تجارت، ج ۴، تهران: انتشارات دادگستر
۲۲. سماواتی، حشمت الله، (۱۳۹۷)، اصول ورشکستگی، تهران: مجد.

۲۳. شوکانی، محمدبن علی محمد، (۱۹۷۳)، نیل الاوطار من احادیث سید الاخیار شرح منتفی الاخبار، بیروت: دارالجلیل.
۲۴. صدرزاده افشار، سیدمحسن، (۱۳۷۶)، آیین دادرسی مدنی وبازرگانی، تهران: جهاددانشگاهی.
۲۵. صفایی، حسین، (۱۳۹۸)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران: میزان.
۲۶. صفایی، سیدحسین، (۱۳۸۳)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۲۷. صقری، محمد، (۱۳۸۶)، حقوق بازرگانی ورشکستگی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، (۱۳۹۰)، المبسوط، قم: مکتب المرتضویه.
۲۹. طوسی، محمدبن حسن، (۱۳۹۰)، تهذیب الاحکام فی شرح المقنعه الشیخ المفید، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۳۰. عاملی جبعی، محمد بن مکی، (۱۴۰۳)، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیه: بیروت: دارالتراث-الاسلامیه.
۳۱. عاملی جبعی، زین الدین، (۱۳۹۹ق)، القواعد و الفوائد، به کوشش عبدالهادی حکیم، قم: مکتبه المفید.
۳۲. عاملی، سید محمد جواد، (۱۴۱۹)، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد، قم: موسسه نشر اسلامی.
۳۳. عرفانی، محمود، (۱۳۹۱)، حقوق تجارت، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی.
۳۴. عسقلانی، ابن حجر (۱۹۶۰)، بلوغ المرام، مصر: شرکته مکتبه و مطبعه مصطفی الباب بالحلبی واولاده.
۳۵. علامه حلی، حسن، (۱۴۱۶)، مختلف الشیعة، قم: موسسه الاسلامیه.
۳۶. عیسائی تفرشی، محمد، (۱۳۹۶)، «ساختار نظام حقوقی حاکم بر ناتوانی در پرداخت دین در فقه و حقوق ایران»، همایش هم افزایی فقه و حقوق در تحقق عدالت و تعالی انسان، قم: دانشگاه مفید.
۳۷. غنیمی، عبدالغنی، (۱۳۸۳)، اللباب فی شرح الکتاب، به کوشش محمد محیی الدین عبدالحمید، بیروت: مکتبه العلمیه.
۳۸. قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب قانون تجارت. قانون مدنی. ۱۳۹۲
۳۹. قانون آیین دادرسی مدنی. ۱۳۹۲
۴۰. قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۴
۴۱. قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، مصوب ۱۳۹۴
۴۲. کرکی، علی بن حسین، (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: موسسه آل بیت.
۴۳. مبلغی، احمد و دیگران، (۱۳۹۹)، شناسایی مفهوم اعسار و افلاس و تأثیر آن در تفسیر قانون، جستارهای فقهی-اصولی، سال ششم، شماره ۱۸.
۴۴. مبلغی، احمد، (۱۳۹۲)، اعسار در قوانین اسلامی با نگاهی تطبیقی به قوانین موضوعه، فصلنامه دین و قانون، قم: شماره ۱.
۴۵. مجموعه قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی ۱۳۹۴
۴۶. مجموعه قوانین آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

۴۷. محقق حلی، جعفر، (۱۴۰۸ ق)، شرائع الاسلام، قم: اسماعیلیان
۴۸. محلی، جلال‌الدین، (بی تا)، «شرح منهاج الطالبین»، در هامش حاشیتان از قلیوبی و عمیره، قاهره: مکتبه عیسی البابی الحلبی.
۴۹. معین، محمد، (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۵۰. مقدس اردبیلی، احمد، (بی تا)، زبدة البیان فی احکام القرآن، تصحیح محمد باقر بهبودی، قم: مکتبه المرتضویه، تهران
۵۱. میرزا نژادجویاری، اکبر، (۱۳۸۵)، تاملی تازه در ماده ۳۸۰ قانون مدنی، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۸، شماره ۱۸.
۵۲. نجفی جواهری، محمدبن حسن، (۱۳۹۴)، جواهرالکلام، نشر دارالکتب الاسلامیه.